

Casos de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, possibilidade da Fundação COGE ser contratada por seus próprios mantenedores, fundadores e demais entidades sujeitas às disposições da Lei no 8.666, de 21.06.93.

1. Indaga-se à Assessoria Jurídica sobre a legalidade de contratação, sem licitação, da Fundação COGE para execução de serviços específicos de ensino, treinamento, capacitação, gestão ambiental, projetos em tecnologia da informação e desenvolvimento profissional, assessoramento e consultoria e outros serviços objetivando o aprimoramento da gestão empresarial e, conseqüentemente, o desenvolvimento institucional, tendo em vista que a legislação em vigor estabelece, prioritariamente, a licitação como forma de contratar serviços.

2. “No cerne da questão reside a dificuldade que alguns acham existir para cumprir as condições estabelecidas na lei na hora de contratar Instituição que entendem ser melhor para a Empresa. Temem que a dificuldade de cumprir o que é exigido para contratação excepcional acabe obrigando a realização de licitação, onde o preço, quase que exclusivamente, impõe o prestador de serviço”, como nos ensina o jurista Luiz Fernando Magalhães Couto.

3. “Assim acreditam em razão de ser muito difícil estabelecer uma métrica adequada para comparar questões ligadas ao ambiente do conhecimento, de criar parâmetros que ordenem o universo do saber, de demonstrar a importância de acervos ligados à dialética do pensar. Enfim, pela quase impossibilidade de estabelecer diferenças quando o patrimônio é intelectual”, acrescenta ainda o acima citado consultor jurídico.

4. Reflexão mais atenta, no entanto, demonstra-nos a real e jurídica possibilidade de conciliar o cumprimento da legislação com a **contratação daquele prestador de serviço que melhor atenda aos interesses da Empresa.**

5. A Lei no 8.666/93, principalmente em seus artigos 24 e 25, dispõe sobre as hipóteses excepcionais em que pode ocorrer a contratação direta: os casos de dispensa de licitação estão previstos, taxativamente, no citado artigo 24, ao passo que os de inexigibilidade estão regulados, exemplificativamente, no mencionado artigo 25.

6. As hipóteses de dispensa abrangem os casos em que, embora haja possibilidade de competição a justificar a licitação, a lei faculta à Administração Pública não realizá-la, tendo em vista, basicamente, determinados critérios relativos ao valor envolvido, a certas situações excepcionais, ao objeto da contratação ou à pessoa do contratado.

7. Decorre daí, também, a possibilidade de ocorrer a contratação direta de determinada Instituição com base no inciso XIII do citado art. 24, como adiante se examinará.

8. As hipóteses de inexigibilidade, a seu turno, envolvem os casos em que não existe possibilidade de competição – só havendo um objeto, ou uma pessoa, que atenda às necessidades do interesse público –, sendo inviável, por conseguinte, realizar-se licitação.

Subsídios Jurídicos para Contratação da Fundação COGE

9. Em vista disso, sempre que houver uma única entidade capaz de realizar, ou de cumprir, o objeto de determinado contrato firmado com a Administração, estar-se-á diante de uma hipótese de inexigibilidade de licitação, por clara inviabilidade de competição.

10. Nos demais casos, ou seja, em que a competição seja possível, a contratação direta da Fundação COGE só poderia ocorrer, em tese, ao amparo das hipóteses de dispensa de licitação, mais precisamente com base no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93.

11. Dispõe a Lei de Licitações, no seu art. 24, inciso XIII, que "é dispensável a licitação... na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional... desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos".

12. Os requisitos para a eventual contratação direta com base naquele dispositivo legal são, portanto, os quatro seguintes:

I. a contratada deve ser instituição brasileira;

II. a contratada deve objetivar, por seu estatuto ou regimento, à pesquisa, ao ensino ou ao desenvolvimento institucional;

III. a contratada deve ter indubitável renome, em sua área de atuação; e

IV. a contratada não pode ter fins lucrativos.

13. No que tange, especificamente, ao caso sob exame, qual seja, a contratação da Fundação COGE, é inegável o atendimento, por parte daquela instituição, dos quesitos (I), (III) e (IV) acima mencionados, como bem já havia destacado o Professor Caio Tácito, em parecer elaborado sobre tema conexo com o aqui analisado, in verbis:

"Como visto, o art. 24 da Lei n. 8.666/93 contempla, entre os casos de dispensa de licitação, o contrato de instituição brasileira que atenda aos seguintes requisitos essenciais:

a) inquestionável reputação ético-profissional;

b) atividade não lucrativa; e

c) destinação, regimental ou estatutária, ao desenvolvimento institucional.

A FUNDAÇÃO COGE satisfaz, inequivocamente, aos dois primeiros requisitos."

14. Portanto, como também realçou o Professor Caio Tácito, a questão restante é examinar-se o atendimento do último requisito exigido pela Lei de Licitações, referido na letra c) acima: o objeto da Fundação COGE deve relacionar-se, fundamentalmente, à pesquisa, ao ensino, ou à busca do desenvolvimento institucional de seus instituidores e mantenedores e, conseqüentemente, do setor elétrico brasileiro. Assim, a questão central a ser enfocada neste parecer diz respeito às relações existentes entre o objeto da Fundação COGE (a razão mesma de sua existência) e as atividades por ela desenvolvidas, em razão dos contratos firmados com seus clientes.

15. De fato, a cláusula estatutária que versa o objeto da Fundação COGE dispõe, expressamente, sobre a dedicação desta ao desenvolvimento institucional de seus criadores e mantenedores, sob a forma de assessoramento e consultoria, entre outras atividades, inclusive ligadas à pesquisa e ao ensino.

16. É nítido, também, tanto no estatuto como no regimento interno da Fundação COGE, que ela se dedica à pesquisa, ao ensino e ao desenvolvimento institucional de seus criadores e mantenedores, contribuindo, assim, com o desenvolvimento do Setor Elétrico Brasileiro. Cuida de inúmeras questões de interesse do Estado.

17. E, por óbvio, a Lei de Licitações não exige que o objeto da entidade a ser contratada vise, simultaneamente, àquelas três metas (desenvolvimento, ensino e pesquisa), bastando o atendimento de uma delas. Não obstante, no caso da Fundação COGE, estão atendidos os três requisitos.

18. Com relação a contratos cujos objetos versem sobre ensino ou pesquisa, a questão, pela objetividade, é bastante simples, o que dispensa maiores comentários. Assim, resta-nos verificar quais "atividades", dentre as inúmeras realizadas pela Fundação COGE, estariam abrangidas no conceito jurídico indeterminado de desenvolvimento institucional, para os fins específicos da contratação direta. A definição precisa e taxativa de todas essas atividades é tarefa árdua – se não impossível – mesmo ao mais equipado dos juristas. Entretanto, pode-se tentar buscar esse entendimento por um caminho inverso; ou seja: verificando, primeiramente, quais atividades não estarão contidas naquele conceito. Em segundo lugar, deve-se examinar o objeto da Fundação COGE, de acordo com seus estatutos e regimento interno; e, por fim, verificar-se a existência do nexó essencial entre este objeto e a realização das atividades supracitadas.

19. Examinemos, portanto, as atividades que, com maior grau de razoabilidade, não estariam contidas no conceito de desenvolvimento institucional. A espécie mais comum de atividades fora do escopo do desenvolvimento institucional seria aquela que não tenha por objeto a utilização de conhecimentos e/ou capacidades especiais da Fundação COGE, ou seja, atividades como fornecimento de mão de obra para serviços de limpeza, vigilância, recepção, cobrança, etc, pois a prestação destes serviços esbarraria em vários obstáculos. Primeiro, porque tais serviços podem ser prestados por inúmeras outras empresas (há, portanto, ampla possibilidade de competição, sugerindo a realização de certame licitatório). Segundo, porque esse tipo de atividade não contribui para o desenvolvimento institucional daquele contratante (no contexto próprio do setor elétrico brasileiro). E, terceiro, porque a Fundação COGE não adquiriu seu notório renome, no mercado, por prestar tal espécie de serviço. Entretanto, as atividades que têm por objeto a utilização de conhecimentos e/ou capacidades especiais (expertise) da Fundação COGE contribuem, por si só (basta ver seu estatuto e

seu regimento interno), com o desenvolvimento institucional das suas empresas instituidoras e com o do Setor Elétrico Brasileiro, que, por sua vez, é de interesse inquestionável do Estado, até pela questão estratégica do crescimento econômico do país. Adicionalmente, a Fundação COGE possui estrutura humana própria do mais alto nível intelectual.

20. Por fim, deve ser comentado o tema relativo ao preço ajustado nas possíveis contratações diretas (ou seja, sua compatibilidade com o de mercado). Os preços devem guardar a maior compatibilidade possível com aqueles regularmente praticados no mercado. Da melhor fixação deste preço, inclusive, pode advir, até mesmo, a inexigibilidade de licitação. Explica-se. A Fundação foi constituída visando, precipuamente, ao desenvolvimento institucional de seus fundadores e mantenedores, não tendo – também por isso – qualquer finalidade lucrativa como objeto.

21. Assim, é absolutamente razoável admitir-se que a Fundação COGE possa praticar preços mais favoráveis para seus instituidores ou mantenedores que as demais entidades privadas, suas potenciais concorrentes no mercado.

22. Logo, se um dos instituidores ou mantenedores (em especial, se integrante da Administração) pretende contratar determinado serviço que se enquadre no objeto da Fundação COGE, dificilmente poderia obter, no mercado, um preço mais conveniente que o da Fundação da qual ele próprio é instituidor ou mantenedor.

23. Todavia, muita atenção e alguma preocupação desperta na Administração Pública o valor do contrato, ou seja, o preço a ser pago pelos serviços.

24. A preocupação com o financeiro tende a inibir maiores reflexões sobre o tema. Como dito anteriormente, estamos tratando de questões ligadas ao ambiente do conhecimento, da disponibilidade de cursos, do universo do saber, de importantes acervos técnicos e acadêmicos ligados à dialética do pensar. Resumindo, tratamos aqui de um patrimônio intelectual, cuja vantagem (qualidade do que está adiante, do que é superior) não pode ser medida, exclusivamente, pelo preço. O mais barato não é, necessariamente, o melhor. O vantajoso, no caso, é o que for de melhor qualidade e, portanto, melhor para a Administração Pública.

25. O notável doutrinador Marçal Justen Filho, em sua obra "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 9a. Edição, Editora Dialética, página 255, nos ensina que:

"... afirma-se que a contratação fundada no inciso XIII do Art. 24 da Lei de Licitações deve ser realizada pelo menor preço possível. Essa formulação não pode ser admitida, eis que tornaria inútil o dispositivo." (grifo nosso)

26. Portanto, no caso sob exame, o preço não pode ser fator determinante. Há que se ter atenção com ele, deverá haver zelo para que não seja abusivo, o valor deve estar dentro de padrões de realidade e de mercado. Mas não podemos tê-lo como parâmetro maior. Como exaustivamente citado, nas questões ligadas à área do conhecimento, de acervos técnicos e de patrimônio intelectual, que nos permitem caminhar em níveis superiores de formação, certamente não está

incluído o preço dentre os parâmetros que devem assumir maior relevância na tomada de decisão do gestor.

27. Destaque-se, por fim, outro ponto importante: Trata-se dos casos em que o objeto social da entidade contratada é muito amplo ou diversificado em demasia, permitindo – como um “guarda-chuva”, na ilustração mais usual da doutrina – múltiplas interpretações quanto às atividades que ela poderia desempenhar.

28. A esse respeito, cumpre lembrar que – além de todas as ponderações já feitas acima – um objeto social bem definido e estritamente relacionado com as atividades-fins (ou típicas) dos contratantes (os instituidores e mantenedores, no caso específico da Fundação COGE), além de facilitar a justificativa da contratação direta, em casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, minimiza, em muito, os rigores da fiscalização das Cortes de Contas, vez que já antecipa, nitidamente, a vinculação (o nexu necessário) entre as finalidades de ambas as partes contratantes.

29. O próprio Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 19/2002, Plenário, DOU de 06.03.2002), julgando matéria atinente à dispensa de licitação de que trata o inciso XIII do Art. 24 da Lei 8.666/93, em decisão inteiramente aplicável ao assunto tratado neste parecer, reconheceu expressamente que, “*verbis*”:

“Quanto aos fatos, importa frisar que, na espécie, o Tribunal, ao apreciar o presente feito, corroborou a tese de somente admitir a dispensa de licitação de que trata o Art. 24, XIII, da Lei 8.666/93, quando o objetivo institucional da entidade a ser contratada guardar pertinência com o objeto do ajuste, que, no caso concreto, deveria ser relacionado a atividades de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional.”

“... a norma permite, por razões várias, a contratação direta, em decorrência de características individuais do contratado.”

“A razão de ser de tais permissivos legais está exatamente nas qualidades individuais do contratado que, por questões previamente estabelecidas por lei, atende melhor o interesse público se for ele o escolhido para firmar ajuste com a administração, tornando-se desnecessária e, às vezes, inviável a competição.”

“A situação prevista no inciso XIII do Art. 24 da Lei 8.666/93 encaixa-se perfeitamente na descrição acima. O legislador, ao prever tal hipótese de dispensa, buscou mecanismo de incentivo às instituições nacionais, sem fins lucrativos, que tenham por objeto social ou institucional a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional...”

30. Considerando, mais, que não há dúvida quanto à interpretação do objeto social previsto no estatuto da Fundação COGE (aprovado e homologado pelo **Ministério Público**), especial e principalmente no que diz respeito à sua dedicação à pesquisa, ao ensino e, sobretudo, ao desenvolvimento institucional de seus criadores e mantenedores;

31. Finalmente, considerando ainda que a questão suscitada acerca da contratação direta da Fundação COGE pelas empresas do Setor Elétrico, em nosso juízo, está definitivamente decidida pelo **Plenário da mais alta Corte de Contas do país**, o Tribunal de Contas da União, através do **Acórdão nº 1.021/2006, como se vê:**

“A escolha da Fundação COGE derivou do fato de que ela, constituída na esteira da reestruturação do setor elétrico brasileiro na segunda metade da década de 90, foi criada com o objetivo estrito de fomentar a integração e o intercâmbio técnico dos projetos a serem desenvolvidos no novo ambiente concorrencial, reunindo, para tal mister, a expertise profissional necessária” (grifo nosso).

32. Em vista de todo o exposto, pronuncia-se esta Assessoria Jurídica pela indiscutível legalidade da contratação direta da Fundação COGE por seus instituidores e mantenedores e quaisquer outras empresas integrantes da Administração Pública, com base no art. 24, inciso XIII, da Lei de Licitações (8.666, de 21.06.93), observadas as condições acima mencionadas.

Rio de Janeiro, 26 de fevereiro de 2005

Assessoria Jurídica da Fundação COGE
Luciano Pinho Nilo – OAB.MG.23.833